

DOS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO NO NOVO CÓDIGO CIVIL: FRAUDE, ESTADO DE PERIGO E LESÃO

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG.

1. INTRÓITO

O tema dos “defeitos do ato jurídico” prepara a abordagem legal das invalidades - nulidade e anulabilidade.

O Novo Código Civil evoluiu grandemente nesse campo de defeitos do negócio jurídico inserindo, no direito positivo, novas e relevantes figuras como a lesão (art. 157) e o estado de perigo (art. 156), atendendo, dessa maneira, a notórios anseios sociais.

Deslocou, também, com inegável acerto, a simulação do campo das anulabilidades para o das nulidades (art. 167).

Cometeu, todavia, um desserviço ao direito civil brasileiro, ao manter a fraude contra credores dentre as causas de anulabilidade do negócio jurídico (arts. 158 a 165), já que os rumos traçados pelo direito comparado contemporâneo e a lição da doutrina nacional desde muito catalogam a impugnação pauliana no âmbito da *ineficácia*, e não da *invalidade*.

Além de atribuir efeitos impróprios à natureza dos negócios viciados, reúne o Código fenômenos heterogêneos sob a denominação única de “defeitos do negócio jurídico”. Na verdade, nada há em comum entre os vícios de consentimento (ou de vontade) - erro, dolo, coação etc. e os vícios funcionais (ou sociais), como a fraude contra credores.

Nos vícios de consentimento o ato é defeituoso porque a vontade do agente não se forma corretamente, já que não fora o defeito de que se ressentiu no processo de formação, manifestar-se-ia, certamente, de maneira diversa. Ou seja, sob influências que atuam anormalmente sobre seu

psiquismo, o comportamento do agente “difere daquele a que sua vontade livre e consciente o conduziria”¹. Já na fraude contra credores (assim como na simulação), a declaração de vontade não se afasta do propósito que efetivamente o agente teve ao praticá-la. “O negócio jurídico porventura configurado resulta do livre e consciente desejo dos contratantes”, de sorte que “inexiste disparidade entre o querido e o declarado”². A sanção que, na espécie, se aplica ao negócio não é em proveito de um dos contratantes, mas de terceiro ou terceiros atingidos pelos efeitos do ato fraudulento. Daí porque não há defeito algum na formação do negócio, quer quanto aos seus elementos essenciais, quer quanto aos requisitos de validade entre as partes. A censura da lei se volta apenas para um plano exterior ao negócio, o de seus reflexos sobre o meio social. Por isso se costuma qualificar a fraude como *vício social*.

Como explicar, então, o agrupamento de figuras tão díspares como os vícios de consentimento e os vícios sociais no mesmo segmento dos defeitos do negócio jurídico? Simplesmente porque, na ótica do Código de 1916, todos eles conduziriam a uma só sanção: a anulabilidade.

Mas, tão diferentes eram os dois fenômenos, que mesmo submetendo-os ao regime comum das anulabilidades, não pôde o Código velho deixar de reconhecer que a invalidade teria conseqüências não uniformes, conforme o vício fosse de vontade ou social. No primeiro caso, a proteção era para o agente vítima do defeito, de maneira que a invalidação seria decretada em seu benefício; no segundo, a anulação operaria em favor dos terceiros lesados e não do agente do ato defeituoso³.

Ora, esse tratamento promíscuo de fenômenos irreduzíveis entre si só se justificava pelo fato de ao tempo da elaboração do Código velho não se dominar, ainda, com a segurança, a distinção, entre anulabilidade e ineficácia relativa. Num Código do Século XXI, todavia, é inaceitável que se mantenham coisas tão díspares sob regime nominalmente igual, mas de conseqüências substancialmente diversas. A impropriedade é gritante e será, na prática, fator de muita confusão e prejuízos, pelos reflexos que certamente acarretará à segurança jurídica.

¹ RODRIGUES, Silvio. **Dos Vícios de Consentimento**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1982, nº 2, p. 5.

² RODRIGUES, Silvio. ob. cit., nº 2, p. 6.

³ RODRIGUES, Silvio. ob. cit., nº 2, p. 7.

2. DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Para o Código, há defeito no negócio jurídico quando este padece de deficiência nos elementos constitutivos capaz de permitir sua anulação, seja por erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (arts. 138 a 166). Da mesma deficiência ressente-se o negócio praticado por agente relativamente incapaz (art. 171, I), embora a hipótese não venha elencada no capítulo em que o Código reúne e descreve os “defeitos do negócio jurídico” (Cap. IV do Título I, Livro III, art. 138 a 165).

O defeito se passa, portanto, no terreno da validade do negócio jurídico, ou seja, na sua aptidão, ou não, para produzir os efeitos jurídicos visados pelo agente. Quando o negócio se acha completamente despido de força para gerar tais efeitos, diz-se que ocorre *nulidade* (art. 166); e quando os efeitos são produzidos, mas com risco de serem inviabilizados por provocação de quem se viu prejudicado pela prática viciada, o que se dá é a sua anulabilidade (art. 171). Isto é, o negócio não é nulo, porque uma vez consumado entra a produzir seus naturais efeitos. Estes, porém, correm o risco de serem frustrados pelo poder que se reconhece ao prejudicado de anular o negócio, retirando-lhe a potencialidade de manter os efeitos de início produzidos.

Para o Código, como se vê, o negócio é válido ou inválido. Se é válido, apresentar-se-á em condições de produzir todos os efeitos jurídicos dele esperados. Se é inválido, ou não produzirá efeito algum (*nulidade*), ou poderá ser ulteriormente privado de seu efeito (*anulabilidade*). Enfim, o sistema adotado resume-se a ter como base o binômio “validade-invalidade”, no plano geral, e o acanhado confronto entre “nulidade” e “anulabilidade”, no plano restrito da invalidade.

Há nessa sistemática uma confusão, intolerável para o grau atual de desenvolvimento da ciência do direito, entre “invalidade” e “ineficácia”, porque na vetusta ótica do Código, não há como negar efeito, no todo ou em parte, a um negócio jurídico como o praticado sob a fraude senão imputando-lhe a mácula da invalidade, ou seja, tratando-o como ato nulo ou anulável.

Realmente, no final do Século XIX, quando CLÓVIS BEVILAQUA redigiu o projeto que, em 1916, viria a converter-se no primeiro Código Civil Brasileiro, a teoria da eficácia e da ineficácia, ainda não estava suficientemente explorada e sistematizada. Por isso, se jogava apenas com as idéias de validade e nulidade, dentro das quais deveriam acomodar-se todas as situações de negócios jurídicos impotentes à plena geração de efeitos.

Reconhecia, então, o autor do Projeto do velho Código que a teoria das nulidades ainda se apresentava vacilante na doutrina, circunstância que aliada à falta de nitidez dos dispositivos legais, à ausência de princípios diretores do pensamento em função legislativa, vinha dando a esse assunto “um aspecto particularmente rebarbativo”⁴.

Lembra CLÓVIS que nas origens romanas o sistema era extremamente singelo: se o ato fora praticado contra prescrição legal, era nulo, o que equivalia dizer, não tinha existência para a lei⁵. O rigor da lógica jurídica esposada pelo preceito se manifestou inconveniente em várias situações, pelo que o direito pretoriano cuidou de abrandá-lo, por meio de distinções que conduziram a reunir em setores diferentes os atos “nulos de pleno direito”, cuja ineficácia não dependia de rescisão, e os “atos defeituosos”, cuja nulidade dependia de sentença para ser reconhecida.

Foi essa doutrina que, predominando ainda ao tempo da elaboração do Projeto Bevilacqua, se tornou o critério legal de catalogar as invalidades adotado pelo Código Civil de 1916. Reconhecia, porém, CLÓVIS que, sem embargo da opinião unânime sobre a existência dos dois tipos de nulidade, não existia entre os doutrinadores um consenso sobre quais atos deveriam entrar numa classe ou noutra, nem tampouco sobre o critério de distribuição, nem ao menos sobre se as duas categorias seriam, realmente, suficientes “para conter todos os atos, a que a ordem jurídica recusa apoio”⁶.

Ciente de que os atos ineficazes não poderiam limitar-se às categorias da *nulidade* e da *anulabilidade*, o seu Projeto contemplava também a figura dos *atos inexistentes*, preconizada por AUBRY et RAU. Na concepção de CLÓVIS, o ato inexistente é mais do que ato nulo, porque sequer tem a aparência de um ato jurídico de seu gênero. No entanto, o Código preferiu ignorar a categoria da inexistência para contemplar, no campo da ineficácia, apenas a *nulidade* e a *anulabilidade*, agrupando analiticamente as hipóteses enquadráveis em cada uma das categorias legais.

Explica o autor do Projeto que o critério adotado foi o de considerar a *nulidade* como um gênero que admite duas espécies, conforme o grau de intensidade do fenômeno. Por *nulidade* em sentido lato deve-se entender

⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Atualizada por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, § 65, p. 254.

⁵ “*Ea quae lege fieri prohibentur si fuerint facta, non solo inutilia, sed pro infectis, etiam habentur* - é o que se proclama no direito imperial” (Cód. 1, 14, 1.5).

⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral** cit., § 65, p. 255.

“a declaração legal de que a determinados atos jurídicos se não prendem os efeitos ordinariamente produzidos pelos atos semelhantes”. A privação de efeitos é uma pena aplicada a quem pratica o ato violando a lei. Consiste essa pena justamente na “privação dos direitos ou vantagens, que o ato teria conferido se fosse conforme a lei”⁷.

No entanto, a reação da ordem jurídica contra o ato nulo não se dá sempre com a mesma intensidade, tendo em vista que os interesses feridos pela ilegalidade nem sempre são da mesma natureza ou da mesma relevância. Assim, quando a norma violada é daquelas que agasalham princípios básicos da ordem jurídica, pondo em jogo interesses de ordem pública, ocorre a *nulidade de pleno direito*, como a reação mais enérgica contra a prática ilegal. Mas quando os preceitos ofendidos pelo ato se destinam mais particularmente a proteger os interesses privados da pessoa que dele participou, a reação contra sua eficácia é atenuada porque dependerá da vontade individual do interessado. O ato, neste caso, será apenas *anulável*⁸.

Como a única classificação disponível na ótica do Código de 1916, no plano da ineficácia era a dicotomia “*nulidade - anulabilidade*”, todos os casos em que se pretendeu negar algum tipo de efeito ao negócio jurídico foram catalogados ou como *nulos* ou como *anuláveis*. Não se concebia, na sistemática adotada, que um ato válido pudesse ser havido como ineficaz, ou seja, se apresentasse como incapaz de produzir o efeito para o qual foi praticado.

Todas as hipóteses de recusa legal de eficácia, por motivos atribuídos a desvios de vontade do agente foram catalogados como “vícios de vontade” geradores de “anulabilidade”. Como, todavia, o defeito às vezes se localizava na formação da vontade (anormalidade psíquica), e outras vezes se prendia apenas a desvios éticos de finalidade (fim de prejudicar a outrem ou fugir das prescrições legais), CLÓVIS concebeu uma classificação que diferenciava duas classes de *vícios da vontade* na prática do ato jurídico: a) *os vícios de consentimento*, em que a vontade se forma imperfeitamente por defeito de consciência ou liberdade: erro, dolo e coação; e b) *os vícios sociais*, que não provocam desarmonia entre o psiquismo e a vontade exteriorizada, mas que se dirigem a resultados anti-sociais: a simulação e a fraude contra credores.

⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral* cit., § 65, p. 257.

⁸ BEVILÁQUA, Clóvis, idem, ibidem.

Coisas heterogêneas, como se vê, foram aglomeradas no velho Código sob o rótulo de “vícios de vontade”, porque só dispunha o legislador de um único caminho para negar eficácia. A doutrina nacional, no entanto, a partir da evolução científica da conceituação da ineficácia e da experiência do direito comparado, pôde atribuir a certas “anulabilidades” do Código sua verdadeira natureza, que seria a de *ineficácia relativa* ou *inoponibilidade*, malgrado a terminologia inadequada e superada do velho diploma legal.

Sem embargo de tal esforço científico, que logrou respaldo significativo na jurisprudência, o novo Código vem à luz no Século XXI repetindo, *ipsis litteris*, o anacrônico e superado regime de *anulabilidades* do estatuto de 1916. Ou seja, o vício social - fraude contra credores - continua arrolado como causa de anulabilidade, ao lado de vícios de consentimento como o erro, o dolo e a coação, muito embora nada tenha em comum com eles, nem no mundo fático, nem no jurídico.

Ignorou o legislador do Século XXI toda a conquista da ciência do direito do Século XX em torno da sistematização dos planos de atuação da vontade no campo jurídico. Isto, porém, não impede que os fenômenos ligados aos efeitos do negócio jurídico sejam catalogados e analisados cientificamente pelo jurista. O erro do legislador não tem a força de mudar a natureza das coisas. Se a lei não sabe distinguir entre entidades tão diferentes como são a anulabilidade e a ineficácia relativa, cabe ao intérprete fazê-lo.

Vamos, pois, fazer a distinção que o legislador não soube captar, ou o que é pior, conhecendo as categorias, não cuidou de observá-las com o indispensável rigor.

3. DIFERENÇA ENTRE INVALIDADE E INEFICÁCIA

A aplicação da sanção da *ineficácia*, e não da *invalidade*, decorre de uma valoração da lei em torno dos interesses a resguardar numa prevista conjuntura em que certo negócio jurídico se desenvolve.

Feito o cotejo entre o tipo ou gênero de negócio e a situação especial cogitada, a lei exprime “*uma valoração negativa que é, de certo modo, o reverso da outra, positiva, que a lei faz relativamente ao negócio-tipo a que liga a produção de novas situações jurídicas*”⁹. Daí a restrição que se faz, diminuindo a área de incidência dos efeitos próprios do tipo legal respectivo.

⁹ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico* cit., v. III, n. 57, p. 11.

A distinção entre o ato *inválido* (nulo ou anulável) e o ato *ineficaz* revela-se, na moderna ciência jurídica, como *indispensável*, dado ser irrecusável a substancial diferença de natureza e conseqüências das duas figuras jurídicas¹⁰.

A *invalidade*, para BETTI, “*é aquela falta de idoneidade para produzir, por forma duradoura e irremovível, os efeitos essenciais do tipo*”, como sanção à inobservância dos requisitos essenciais impostos pela lei. Já a *ineficácia* qualifica-se, ao contrário, como característica de um ato “*em que estejam em ordem os elementos essenciais e os pressupostos de validade, quando, no entanto, obste à sua eficácia uma circunstância de fato a ele extrínseca*”¹¹.

No campo vasto da *ineficácia*, assume relevo marcante a figura da *ineficácia relativa* ou *inoponibilidade*, que se configura quando, no sistema da lei, “*um ato, não privado de validade, pode ser ineficaz apenas a um ou outro interessado, em atenção especial de alguma deficiência sua*”¹². Adverte TRABUCCHI que de maneira alguma se deve confundir essa figura com a da invalidade do negócio, porque o negócio validamente concluído não perde sua substância, embora, em face de outros fatores, não produza todos os seus efeitos¹³.

Em suma, a lei conceitua como *ineficácia relativa* o caso em que considera o ato “*ineficaz apenas em relação a uma determinada pessoa, conservando-se para os demais, não obstante ineficaz*”¹⁴. Enquanto a anulação do ato viciado apaga todos os seus efeitos, reduzindo as partes ao estado anterior à sua prática (Novo Código Civil, art. 182; Código de 1916, art. 158), o reconhecimento da ineficácia conserva as partes do negócio jurídico na mesma situação em que o ato as colocou.

Nosso Código Civil de 1916, redigido em época em que a categoria da ineficácia ainda não se achava cientificamente bem elaborada entre os juristas, englobou como caso de anulabilidade, por exemplo, a fraude contra credores, que os códigos posteriores vieram a tratar como hipótese de típica ineficácia relativa.

¹⁰ BETTI, Emilio, ob. cit., loc. cit.

¹¹ BETTI, Emilio, ob. cit., loc. cit.

¹² TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 38. ed., Padova: CEDAM, 1998, n. 81, p. 184.

¹³ TRABUCCHI, Alberto, ob. cit., loc. cit.

¹⁴ LARENZ, Karl, ob. cit., p. 647.

Doutrina e jurisprudência, no entanto, puderam construir a teoria da fraude como de ineficácia, levando em conta não só os próprios efeitos que o velho Código Civil lhe imputava e que não se igualavam aos da anulação verdadeira, mas também considerando um critério sistemático estabelecido a partir de outras figuras similares à revocação pauliana e que foram tratadas por leis posteriores como sujeitas à ineficácia relativa, por textos expressos (revocatória falencial e fraude de execução).

Nada obstante, o novo Código Civil, volta a reproduzir textualmente o regime da fraude contra credores concebido pelo código antigo, mantendo-a como causa de anulabilidade do negócio jurídico e ignorando, por completo, a categoria dos atos ineficazes.

Essa visão equivocada e retrógrada do legislador, ainda que traduzido em literal disposição do novo estatuto civil, não impedirá, obviamente, que a verdadeira natureza da figura jurídica seja retratada e proclamada por seus intérpretes e aplicadores.

O fato de o legislador ignorar uma *categoria* ou *tipo jurídico* não muda a *natureza da coisa*.

A lei e a doutrina podem *criar* conceitos próprios para os institutos jurídicos, fixando-lhes elementos e requisitos, mas não podem criar *tipos* ou *categorias*, cuja existência cabe à ciência comprovar e reconhecer. Explica OLÍMPIO COSTA JÚNIOR:

“Bem a propósito, se o conceito é abstrato e surge de pura abstração ou ‘dissociação do concreto’ (HEGEL), o tipo representa um ‘retorno à realidade’ (ENGISCH) e se enraíza no ‘geral concreto’ (LARENZ), como instrumento de compreensão e explanação de fenômenos que se reiteram de determinado modo¹⁵.”

Por isso mesmo, *“os tipos, diferentemente dos conceitos, não se criam ou se inventam - somente se descobrem; nem se definem em seus próprios termos - apenas se descrevem”¹⁶*. Daí que o fato de o Código lidar apenas com as categorias da nulidade e da anulabilidade não impede que a ciência

¹⁵ COSTA JÚNIOR, Olímpio. **A relação jurídica obrigacional**, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 56.

¹⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução Portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 506 *et seq.* *apud* COSTA JÚNIOR, Olímpio, *ob. cit.*, p. 57.

jurídica descubra no bojo do ordenamento positivo situação patológica do ato jurídico que não configure nem o tipo da nulidade nem o da anulabilidade, sem embargo de ter recebido do legislador o rótulo de um deles.

O que importa é descobrir cientificamente a natureza da coisa para, no resultado prático visado pelo legislador, encontrar o critério que realmente vai conduzir à classificação do fenômeno no local que lhe corresponde. Nesse trabalho, evidentemente, é despida de maior significado a *opinião* do legislador, já que concebida a figura jurídica, não lhe é dado alterar ou ignorar a natureza da coisa dentro do mundo do direito onde ela se insere. O legislador não tem compromisso científico com o direito. O jurista que interpreta e aplica a norma do legislador, ao contrário, tem sempre de agir cientificamente, a fim de encontrar e definir o efeito concreto do texto legislativo.

O intérprete da lei, por isso, não pode, de maneira alguma, ser um mero repetidor das palavras do legislador. Como cientista, dispõe de método próprio para desvendar o sentido e alcance da norma, sem se escravizar à literalidade do texto legal.

Descoberta uma nova categoria jurídica e sistematizado o seu posicionamento no esquema geral do direito, os institutos antigos do ordenamento em vigor haverão de sofrer o impacto do avanço científico obtido.

4. O ERRO DE NOMINAR A FRAUDE CONTRA CREDORES DE ANULABILIDADE E NÃO DE INEFICÁCIA

Repetir a qualificação da fraude como causa de anulabilidade do negócio jurídico, exatamente como o fazia o Código velho, importa submeter a lei nova a toda censura que já se acumulara contra o diploma revogado, a propósito do tema.

Com efeito, a não ser por apego à literalidade do Código de 1916 ninguém defendia a anulabilidade do negócio praticado em fraude de credores. Mesmo assim já se tranquilizava a tese de que não mais se poderia solucionar o problema exegético *in casu* como se a textualidade fosse o único caminho disponível ao aplicador da norma legal. Fazer prevalecer a simples letra da lei, equivaleria, a desprezar, por inteiro, o quadro histórico em que o velho Código Civil foi redigido, e não atribuir influência alguma aos interesses visados pelo legislador, aos fins colimados pela sanção oculta sob a literalidade dos arts. 106 a 113 do Estatuto de 1916, abstendo-se, ainda, do cotejo sistemático da pauliana com outras revocações provocadas pela

fraude contra credores disciplinadas por leis posteriores ao Código. Assim agindo, acabar-se-ia por conferir à definição da lei uma inatacabilidade que a moderna ciência do direito não reconhece. Vem a propósito a advertência de FÁBIO KONDER COMPARATO:

“A nova ciência jurídica não despreza, evidentemente, os conceitos e as definições, como instrumentos indispensáveis à aplicação do direito, mas considera tais instrumentos sempre perfectíveis e provisórios, em função da constante observação histórica da vida humana em sociedade¹⁷.”

No nosso entender, a interpretação dos dispositivos codificados referentes à ação pauliana, que o novo Código herdou do anterior, tem de ser feita a partir das seguintes premissas:

a) ao tempo do Código velho, a doutrina brasileira não havia desenvolvido, ainda, a teoria da *ineficácia* como fenômeno distinto da nulidade e da anulabilidade;

b) ao sancionar a fraude contra credores, o Código vetusto levou em conta o conflito de interesses entre o poder de dispor do devedor e o direito à garantia patrimonial com que conta o credor e valorizou a repulsa que a consciência social faz a toda espécie de má-fé;

c) declarando *anulável* o ato do devedor prejudicial à garantia do credor, o objetivo visado com tal sancionamento foi, sem dúvida, o de sanar o seu prejuízo, restabelecendo a garantia patrimonial violada pelo ato dispositivo do devedor insolvente.

Visando coibir a *fraude* e restaurar a *garantia* genérica do credor sobre o patrimônio do devedor, o antigo Código declarou, textualmente, que o ato de disposição deste, praticado em estado de insolvência, era anulável. Mas não o fez dentro do conceito que a própria codificação assentara para os efeitos da anulabilidade, e, sim, para alcançar uma eficácia especial ou *sui generis*.

Com efeito, ao sistematizar as nulidades o antigo Código Civil definiu como consequência natural da anulação do ato jurídico a *restituição* das partes “ao estado em que antes se achavam” (art. 158). Quando, porém,

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 84.

tratou da fraude contra credores, teve a preocupação de estatuir efeito diverso para aquilo que chamava de *anulação do ato do devedor prejudicial a seus credores*. Não deixou a eficácia da “anulação” seguir sua disciplina geral, que seria a de fazer com que o adquirente restituísse ao alienante o bem deste adquirido, ao mesmo tempo em que este ficaria sujeito à reposição do preço em favor daquele. Aqui, o que se estatuiu foi que a vantagem resultante da *revocação* não seria a restituição das partes do contrato fraudulento ao estado anterior, mas a integração do bem alienado no acervo passível de execução pelos credores do alienante. É o que se depreende do texto do art. 113, onde a velha lei afirmava, expressamente, que a vantagem da sentença anulatória “reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores”.

A lei, então, incluiu formalmente a fraude contra credores no quadro das anulabilidades sem contudo, atribuir-lhes os efeitos substanciais próprios deste tipo de defeito do ato jurídico. Se, pois, sua eficácia não era a da anulabilidade, nada impedia que a doutrina se afastasse da literalidade da lei para definir qual a verdadeira natureza da sanção aplicável à fraude contra credores, levando em conta os interesses tutelados e os objetivos visados pela tutela concebida pela lei, na espécie.

Nessa ordem de idéias, não é pelo fato de o Código velho não sistematizar a categoria dos atos ineficazes que ela seja estranha ao nosso direito, já que, sem rotulá-la expressamente, nosso ordenamento, não só na codificação civil, como em leis posteriores, emprega o mecanismo de privar alguns atos jurídicos de efeito em relação a certas pessoas, sem, todavia, tratá-los como inválidos (por exemplo: os efeitos do contrato não registrado, ou da hipoteca não inscrita, não atingem terceiros, embora tais atos sejam plenamente válidos entre as partes - Cod. Civil de 1916, arts. 135 e 848).

O velho Código Civil também não fazia a distinção conceitual entre prescrição e decadência, rotulando toda forma de extinção dos direitos pelo decurso do tempo sob o *nomen iuris* de prescrição. Isto, porém, não impediu que a doutrina e jurisprudência procedessem à separação das duas figuras jurídicas e extraíssem da distinção enormes conseqüências teóricas e práticas.

Se, pois, a lei civil quis com a sanção à fraude simplesmente resguardar os credores dos prejuízos que o ato do devedor insolvente poderia acarretar-lhes, o que fez foi cominar-lhe uma ineficácia relativa. Não criou uma anulabilidade, malgrado o emprego incorreto do *nomen iuris* utilizado.

Se, porém, era compreensível o equívoco ao tempo da elaboração do Código Bevilacqua, hoje é totalmente inadmissível que o Código novo venha a repetir o mesmo texto anacrônico e quase centenário.

5. EM SÍNTESE

O legislador ignorou não só o avanço da ciência jurídica consolidado em amplo consenso doutrinário, como desprezou a larga construção do direito comparado ao longo do Século XX em torno dos planos da existência, validade e eficácia. Códigos antigos, como o da Argentina, v.g., passaram por reforma de texto, a fim de que a fraude contra credores tivesse seu regular enquadramento no plano de ineficácia relativa e não mais no campo da invalidade. Deixou de ler até mesmo o que desenvolvera, entre nós, PONTES DE MIRANDA há mais de cinquenta anos:

*“Para que algo valha é preciso que **exista**. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da **existência** é uma questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou invalidade (...).*

Os fatos jurídicos, inclusive atos jurídicos, podem existir sem serem eficazes. O testamento, antes da morte do testador, nenhuma outra eficácia tem que a de negócio jurídico unilateral, que, perfeito, aguarda o momento da eficácia. Há fatos jurídicos que são ineficazes, sem que a respeito deles se possa discutir validade ou invalidade. De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo¹⁸.”

Fez vista grossa ao que a doutrina especializada construiu, na sequência de PONTES DE MIRANDA, em obras importantes como as de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO¹⁹, MARCOS BERNARDES DE

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. IV, § 357, p. 7.

¹⁹ **Negócio Jurídico - Existência, Validade e Eficácia**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2000 .

MELLO²⁰; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²¹; NELSON HANADA²²; YUSSEF SAID CAHALI²³, entre outros.

Até mesmo a evolução da legislação brasileira sobre fraude contra credores, realizada fora do Código Civil foi desprezada, pois a Lei de Falência, de 1945, e os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, já tratavam a fraude como tema ligado à ineficácia e não à anulabilidade.

É certo que os autores do projeto que se transformou no novo Código Civil não ignoram a distinção técnica entre *validade* e *eficácia*, pois um dos objetivos por eles perseguidos, segundo explicitado na Exposição de Motivos, foi o de eliminar o vício do Código anterior de empregar, indiscriminadamente, “palavras que devem ter sentido técnico unívoco”; e, para tanto, cuidou de apontar, com propriedade, o que constituiu o sentido de cada uma das referidas figuras jurídicas:

*“Tal orientação importou, desde logo, uma tomada de posição que se reflete no corpo todo do Projeto, quanto à delicada, mas não desprecianda, necessidade de distinguir-se entre **validade** e **eficácia** dos atos jurídicos em geral e dos negócios jurídicos em particular. Na terminologia do Anteprojeto, por **validade** se entende o complexo de requisitos ou valores formais que determina a vigência de um ato, por representar o seu elemento constitutivo, dada a sua conformação com uma norma jurídica em vigor, seja ela imperativa ou dispositiva. Já a **eficácia dos atos** se refere à produção dos efeitos, que podem existir ou não, sem prejuízo da validade, sendo certo que a incapacidade de produzir efeitos pode ser coeva da ocorrência do ato ou da estipulação do negócio, ou sobrevir em virtude de fatos e valores emergentes²⁴.”*

Sem embargo do domínio dos conceitos e do confessado empenho de aplicá-los com “zelo e rigor” no tratamento da matéria relativa à validade e

²⁰ **Teoria do fato jurídico - Plano da Existência**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2000; **Teoria do fato jurídico - Plano da Validade**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

²¹ **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2. ed., São Paulo: RT, 1987.

²² **Da insolvência e sua prova na ação pauliana**. São Paulo: RT, 1982.

²³ **Fraudes contra credores**. São Paulo: RT, 1989.

²⁴ Exposição de Motivos do Prof. MIGUEL REALE, de 16.01.75, item nº 16.

eficácia dos negócios jurídicos, o resultado não foi o que se era de esperar²⁵: o caso mais típico de *ineficácia relativa* - a fraude contra credores - continuou expressamente tratado como de *anulabilidade*.

Não foi apenas uma opção entre duas possibilidades técnicas de sistematização jurídica; mas o emprego de *nomen iuris* em flagrante contradição com a própria disciplina dada ao fenômeno jurídico, pois os efeitos que se atribuem à fraude não são, de fato, próprios da *anulabilidade*, mas sim os que correspondem à *ineficácia*, na moderna categorização dos planos por que passa a declaração de vontade, desde sua emissão até alcançar a meta visada pelo negócio.

Daí porque, nada obstante, o regime defeituosamente traçado pelo novo Código, para disciplinar a ação pauliana e seus efeitos sobre os atos praticados em fraude contra credores, haverá de ser interpretado como sendo o da *ineficácia relativa* e não o da *anulabilidade*, pela total inadequação desta para operacionalizar a repressão da questionada patologia do negócio fraudulento.

Por outro lado, não se preconiza devesse o novo Código abrir um capítulo para a *validade* e outro para *eficácia*²⁶, mesmo porque esta se manifesta de maneira não uniforme nas diferentes situações em que ocorre. O erro está em rotular de *invalidade* fenômeno que, por sua própria natureza, se passa no terreno da *ineficácia*, e não da *anulabilidade*. A impropriedade é, em suma, arrolar todos os defeitos do negócio jurídico nos estreitos limites da *anulabilidade*. À impugnação da fraude, portanto, te-se-ia de imputar o simples efeito de provocar o reconhecimento de sua *ineficácia* perante os credores prejudicados. Nada mais.

6. OS VÍCIOS DE CONSENTIMENTO E A ANULABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Embora afetem o elemento essencial da validade do negócio jurídico - a declaração de vontade, que deve ser, em princípio, livre e consciente para sua natural eficácia - os vícios de consentimento não acarretam, por política legislativa, a inexistência, nem mesmo a nulidade do negócio por

²⁵ No tratamento do negócio, “como em outros pontos, procura-se obedecer a uma clara distinção entre *validade* e *eficácia* dos atos jurídicos, evitando-se os equívocos em que se enreda a Dogmática Jurídica que presidiu à feitura do Código de 1916” (Exposição de Motivos, cit., item nº 17, i).

²⁶ Tal orientação foi repelida, com razão, pelo parecer de MOREIRA ALVES (*A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 42-43).

eles afetados. A sanção legal que o Código lhe aplica é apenas a *anulabilidade* (art. 171, II).

O terreno dos defeitos do negócio jurídico oferece, portanto, rico material para observar e adequar as discutidas teorias da vontade e da declaração e suas variantes.

6.1. Teoria da vontade real

Segundo teoria sistematizada por SAVIGNY, a essência do negócio jurídico está no *querer individual*, isto é, na vontade mesma do autor da declaração negocial. Esta, portanto, opera apenas como instrumento de revelação daquela. Por isso, quando há conflito entre a vontade e a declaração, é a vontade que haverá de prevalecer²⁷.

Levada ao extremo, todo ato afetado por vício de consentimento seria inválido diante da *ausência de vontade* de que se ressente, seja por erro, dolo ou coação, ou por qualquer outro evento que impeça sua livre e consciente manifestação.

Essa proteção ampla e irrestrita à vontade real não é, todavia, acolhida pela ordem jurídica, porque entraria em choque com o interesse geral, afetando a segurança das relações negociais. Se de um lado existe o interesse do declarante, que praticou o negócio jurídico e que deseja preservar a pureza de sua vontade; de outro, há o interesse do meio social, onde o negócio jurídico estabelece uma expectativa de que a declaração de vontade produzirá os efeitos programados, não podendo, razoavelmente, aceitar que, por motivos íntimos do declarante, se estabeleça o perigo da sua fuga da obrigação assumida.

A primeira restrição que se manifestou foi de não considerar o vício de consentimento como causa de nulidade, e sim como de anulabilidade, impondo-se condições ao exercício do direito potestativo da parte de promover a ação de anulação do negócio jurídico.

Depois, surgiram teorias que deslocaram da vontade real a essência mesma do negócio jurídico, fixando-a na declaração.

6.2. Teoria da declaração

A reação contra o excesso reconhecidamente presente na teoria da vontade real deu-se por meio da teoria da declaração, cujo ponto de partida foi a necessidade de preservar as vinculações criadas pelas declarações de

²⁷ SAVIGNY. *Sistema del diritto romano attuale*. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1900, vol. 3, § 134 e 1355, p. 342 a 356; RODRIGUES. Silvio. *Dos vícios de consentimento*, cit., nº 23, p. 31.

vontade, para ter-se segurança nas relações jurídicas. O comércio jurídico não pode conviver com a insegurança que decorreria de declarações de vontade que facilmente se revogam. Além do mais, o plano da vontade subjetiva seria inacessível, pelo que, para o direito, o importante deve ser a declaração e dela, portanto, é que hão de emanar os efeitos jurídicos. Não haveria segurança alguma nas relações privadas se quem emite uma declaração não aceitasse ficar vinculado a quem ela se endereçou, dentro do sentido normal das expressões empregadas²⁸.

Como reação, a teoria da declaração mostrou-se tão extremada como a teoria da vontade. Se a primeira protegia intoleravelmente o declarante, a segunda outorgou tutela exorbitante ao destinatário da declaração.

É evidente que não se poderia tutelar, por exemplo, a má-fé de quem procurasse prevalecer do erro alheio para, maliciosamente, obter vantagens do negócio viciado. E além do mais, se se pode valorizar a declaração, não se deve fugir da realidade de que a raiz mesma do negócio jurídico não pode ser desvinculada da vontade.

6.3. *Teoria da responsabilidade*

Fugindo do antagonismo profundo estabelecido entre a teoria da vontade real e a da declaração da vontade, formulou-se uma posição intermediária, sob o nome de *teoria da responsabilidade*. Segundo esta, embora a autonomia da vontade esteja na base do negócio jurídico, impõe-se admitir que, mesmo havendo divergência entre a vontade e a declaração, esta deve prevalecer, se o desacordo for provocado por culpa ou dolo do próprio declarante²⁹.

Em princípio, portanto, a divergência entre a vontade e a declaração se resolve pela prevalência da vontade real, provocando a anulação do negócio praticado sob o impacto do erro ou de outro vício que impediu a formulação da vontade livre e consciente.

Como, todavia, o agente deve responder pelos atos culposos que causem dano a outrem, o contratante que cometeu o erro por sua própria negligência ou dolo, terá de se sujeitar aos efeitos do negócio, para não prejudicar o terceiro que nele confiou.

Objetou-se que a consequência do ato ilícito culposo não é a criação de negócio jurídico, mas apenas da obrigação de indenizar. Redarguiu-se

²⁸ SALEILLES. *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, p. 5, *apud* SANTOS, Beleza dos. *A simulação em direito civil*. São Paulo: Lejus, 1999, p. 16.

²⁹ FERRARA, *Simulazione*, p. 29, *apud* RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios de consentimento*, cit., p. 34.

que a vontade merece a proteção do ordenamento jurídico quando se destina a alcançar escopos afins aos interesses sociais, pois, segundo FERRARA, o fundamento dessa proteção é “o interesse do comércio jurídico, da comunidade, e não uma homenagem incondicional e servil ao ato volitivo”³⁰.

A manutenção do negócio a despeito da vontade diversa do autor da declaração, segundo a teoria comentada, ocorre porque quem incorre em erro por culpa, causa dano à expectativa legítima de terceiro. A reparação que toca ao culpado consiste justamente em satisfazer aquela expectativa, decretando-se a obrigação de cumprir a declaração feita. Nem toda reparação de ato culposos se dá por indenização de perdas e danos. Pode também haver a reparação *in natura*, que no caso seria a não anulação do negócio³¹.

6.4. Teoria da confiança

O último grau de evolução do tratamento do problema do erro no negócio jurídico foi acrescido pela *teoria da confiança*. Não basta analisar o dissídio entre vontade e declaração apenas no ângulo de quem a emite. É preciso levar em conta também o comportamento de quem a recebe. É preciso indagar se este manteve sua expectativa de vinculação segundo a boa-fé, ou se de alguma forma concorreu com culpa no evento.

A teoria da confiança retrata bem os rumos da nova ordem jurídica, que se afasta do individualismo para melhor valorizar o interesse social. Daí porque vai além da tutela da vontade do declarante para se ocupar também do interesse daqueles que confiam na segurança das relações jurídicas e que, da mesma forma, devem concorrer para que ela se concretize.

As leis, no direito comparado, aos poucos vão aderindo a essa nova teoria, que fora apenas esboçada ou sugerida pelo Código alemão (BGB, art. 122).

Já no atual Código italiano a orientação preconizada pela teoria da confiança é clara: “o erro é causa de anulação do contrato quando for substancial e reconhecível pelo outro contratante” (art. 1.428).

Também no novo Código português, está previsto que a anulabilidade do negócio gerado por erro ocorrerá se este for conhecido ou reconhecível pelo outro contratante (art. 247).

7. A POSIÇÃO DO NOVO CÓDIGO BRASILEIRO

Em toda a celeuma gerada pela luta entre teoria da vontade e teoria

³⁰ RODRIGUES, Silvio, ob. cit., p. 35.

³¹ RODRIGUES, Silvio, ob. cit., nº 26, p. 36/37.

da declaração, o novo Código, ao disciplinar genericamente os vícios de consentimento tomou, apenas em aparência, partido da defesa da vontade real, permitindo a anulação dos negócios em que o consentimento não for livre e conscientemente manifestado (coação, dolo, lesão, estado de perigo).

No campo do erro substancial, porém, onde o regime era no Código anterior dominado (por exegese jurisprudencial) pela “teoria da responsabilidade” (culpa do autor da declaração), evoluiu-se para a “teoria da confiança”, seguindo-se o exemplo de legislações modernas como a italiana e a portuguesa. Não é mais apenas pela falta de culpa do declarante (erro escusável) que se anula o ato errôneo, mas porque o destinatário da declaração, por sua vez, teve culpa no evento, já que poderia ter evitado a prática viciada do negócio jurídico, pois o erro era daqueles que poderiam ser percebidos por pessoas de diligência normal nas circunstâncias do negócio (art. 138). *A contrario sensu*, ainda que haja divórcio entre a vontade e a declaração, esta prevalecerá se o outro contratante (de boa-fé) não tinha condições de perceber o erro do declarante.

Essa teoria, segundo a ótica tradicional, não teria maior repercussão nos vícios mais graves como o dolo e a coação, porque, entre as partes do negócio, uma delas quase sempre se comporta de má-fé, por força da própria maneira de obter-se a má formação da vontade da vítima; ou, mesmo não estando o beneficiário de má-fé, em casos como o dolo de terceiro, o desvio do querer seria tão profundo que a lei não poderia relevá-lo³².

No entanto, até mesmo no campo do dolo e da coação, o regime do atual Código prestigia a teoria da confiança e não dispensa a culpa do beneficiário para a configuração do vício de consentimento. Se o ardil ou a ameaça tiverem sido praticados por estranho e não pela parte do contrato que deles se beneficia, a anulação somente será possível quando esta deles tiver tido conhecimento ou condições de conhecê-los (arts. 148 e 154).

Se é impensável cogitar-se da possibilidade de boa-fé no dolo e na coação, quando praticados diretamente por um dos contratantes, é perfeitamente viável a atuação de boa-fé do contratante se a coação ou o dolo tiverem sido praticados por terceiro, situação em que a ausência de má-fé entre os sujeitos do negócio impede sua anulação. Dessa maneira, mesmo nos mais graves vícios de consentimento, a boa-fé do destinatário da declaração de

³² TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni* cit., nº 71, p. 155, nota 2.

vontade prevalece sobre o defeito de formação da vontade do declarante.

Até mesmo a fraude contra credores se funda na base da teoria da confiança, visto que a sanção aos negócios onerosos praticados em prejuízo da garantia dos credores só atinge o terceiro adquirente ou sub-adquirente que tenha atuado de má-fé. O que tenha adquirido bens do devedor insolvente de boa-fé (isto é, sem conhecer a insolvência) não é atingido pela invalidade do contrato (arts. 107 e 109).

Como se vê, o sistema geral dos vícios de consentimento, na evolução do Código de 1916, para o atual, submeteu-se, predominantemente, à teoria da confiança, onde o destaque maior é conferido a boa-fé, à lealdade, e à segurança das relações jurídicas.

8. O ESTADO DE NECESSIDADE NO ÂMBITO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS: ANULABILIDADE OU RESCINDIBILIDADE?

Como defeitos do negócio jurídico o Código atual acrescenta duas figuras novas: o *estado de perigo* e a *lesão*, que correspondem às hipóteses do Código italiano de desequilíbrio econômico do contrato, ali apeladas de *stato di pericolo* e *stato di bisogno*³³.

Em todas elas, não há propriamente erro da vítima no declarar a vontade negocial, o que se passa é o quadro de perigo enfrentado no momento do aperfeiçoamento do negócio que coloca a pessoa numa contingência de necessidade premente de certo bem ou valor e, para obtê-lo, acaba ajustando preços e condições desequilibradas. O contrato, em tais circunstâncias, se torna iníquo, porque uma das partes se aproveita da conjuntura adversa para extrair vantagens injustas à custa da necessidade da outra.

No *estado de perigo*, o que determina a submissão da vítima ao negócio iníquo é o risco *pessoal* (perigo de vida ou de grave dano à saúde ou à integridade física de uma pessoa). Na *lesão* (ou *estado de necessidade*), o risco provém da iminência de danos patrimoniais, como a urgência de honrar compromissos, de evitar a falência ou a ruína dos negócios.

As duas situações jurídicas, no direito italiano, não são vistas como causas de *anulabilidade*. Recebem tratamento repressivo distinto, qual seja o da *rescindibilidade* (arts. 1.447 e 1.448).

Defende-se historicamente a *rescindibilidade* como algo diverso da *anulabilidade*, porque esta se ligaria aos vícios de consentimento, enquanto

³³ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni cit.*, n. 86, p. 193.

aquela se voltaria para a repressão da *injustiça* ou *iniquidade*. Não se detecta na lesão ou no estado de perigo um vício de constituição do negócio jurídico com ato de vontade, mas na sua organização econômica. Atende-se mais à proteção dos critérios de justiça e equidade, na prática negocial, que à liberdade de vontade. Embora esta, indiretamente, também se resguarde³⁴.

O Código brasileiro, mesmo conhecendo a sistemática italiana, preferiu ignorar a distinção técnica ali feita entre rescisão e anulação. Optou por englobar todos os casos de patologia negocial no campo único da anulabilidade, por entender que não há razões práticas e teóricas para justificar o tratamento dicotômico.

Quando se repeliu a sugestão do Professor COUTO E SILVA, à época dos trabalhos legislativos, de submeter a lesão e o estado de perigo ao regime da rescisão, e não da anulação, o Ministro MOREIRA ALVES justificou a opção unificadora do projeto afirmando que não se via, no fundo, razão para tratarem-se na lei separadamente os casos de anulação e de rescisão. Invocaram-se, para tanto, objeções da própria doutrina italiana, onde autoridades insuspeitas também se opõem à conveniência de tratar separadamente a anulabilidade e a rescindibilidade.

Nesse sentido foram lembradas as ponderações de CHIRONI e ABELLO, para quem a invalidade do negócio dá origem a *uma ação*, que na lei se chama de *anulabilidade* ou de *rescisão*, embora a última expressão se reserve mais especificamente para a anulação fundada no vício da lesão. “*Ma*” - advertem os civilistas - “*differenza assoluta tra i due termini non v'è, e la legge li ricorda entrambi meglio per ragioni d'ordine storico che per altro, poichè la nullità e la rescissione d'un atto conseguono dall'invalidità sua a ragion d'un vizio che gli era inerente a fin dal tempo di sua nascita*”³⁵.

Anotou MOREIRA ALVES que os argumentos dos defensores da rescisão como fenômeno diverso da anulação têm como ponto principal a razão de a lesão operar *fora do ato*, isto é, fundar-se em motivo que não

³⁴ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni cit.*, n. 86, p. 194.

³⁵ *Trattato di diritto civile italiano*, v. I, p. 498, *apud* ALVES, Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro cit.*, p. 116.

está na declaração de vontade, mas que surgiu simultaneamente com ela³⁶.

A própria doutrina, na palavra de CANDIAN não aceita pacificamente a tese de que o motivo da rescisão atuaria fora dos pressupostos ou elementos constitutivos do negócio:

“A ben guardare, il fatto al quale l’ordinamento consente di reagire con l’azione di rescissione induce una anomalia in alcuno degli elementi costitutivi del negozio: o sotto il profilo della causa, inquanto lo scopo viene, nel concreto caso, raggiunto per la via anormale, cioè con necessitata e immoderata sproporzione fra la quantità del dato e quella del ricevuto; oppure sotto il profilo della volontà, in quanto è turbata, al di là del limite tollerato dall’ordinamento, il processo della formazione autonoma dell’atto di volontà da parte del soggetto iugulato; oppure, più probabilmente, sotto il profilo della combinata anomalia dell’uno e dell’altro elemento³⁷.”

Não se consegue, portanto, mesmo no direito italiano, fugir do relacionamento entre a lesão e a anomalia da formação do contrato, no que diz respeito à declaração de vontade. Por isso, a tese que separa a ação de anulação por vício do consentimento da ação de rescisão por lesão não consegue afastar-se da conclusão de que “não há dúvida de que a rescindibilidade é, historicamente, uma subespécie de invalidade, porquanto não identificável com a nulidade; todavia não está longe - nos efeitos - da anulabilidade”³⁸.

A doutrina mais atualizada na Itália não consegue evitar a conclusão de que “*il risultato della rescissione è molto simile a quello dell’annullamento*”³⁹. Para BIANCA, por exemplo, “*la rescindibilità è una forma d’invalidità analoga all’annullabilità, pur se caratterizzata da una propria disciplina (...). L’irregolarità del contratto non è data dalla iniquità, in sè*

³⁶ BARASSI. **Teoria della ratifica del contratto annullabile**, n. 87, p. 174 *apud* ALVES, Moreira, ob. cit., p. 116.

³⁷ CANDIAN. **Nozioni istituzionali di diritto privato**, n. 336, p. 481, *apud* ALVES, Moreira, ob. cit., p. 117.

³⁸ MESSINEO. **Dottrina generale del contratto**, p. 465, *apud* ALVES, Moreira, ob. cit., p. 118.

³⁹ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni cit.*, n. 86, p. 193.

counderata ma dall'iniquità risultante dall'approfittamento di una situazione di anomala alterazione della libertà negoziale"⁴⁰.

Por isso responde BIANCA aos defensores da tese de que o instituto defenderia a equidade contratual e não a vontade do contratante, que a lei, na matéria, não cuida apenas do desequilíbrio entre as prestações (iniquidade), mas "da manifesta iniquidade do contrato que provém da causa de perturbação da normal liberdade de decisão do sujeito"⁴¹.

Não se deve, portanto, censurar a orientação do Código brasileiro de reunir numa só ação de invalidação os vícios de consentimento tradicionais e a lesão e o estado de perigo. O antigo tratamento da rescisão, reservado historicamente para os últimos, não cuida de vícios estranhos à declaração de vontade, pelo menos de forma absoluta. Também na lesão e no estado de perigo se depara com situações anômalas e prejudiciais à liberdade negocial, de sorte que tal como no dolo e na coação, a *rescindibilidade* exprime no plano jurídico uma valoração socialmente negativa do aproveitamento da vontade mal formada⁴².

9. CONCEITO LEGAL DE ESTADO DE PERIGO

Entre os novos vícios de consentimento que provocam a anulabilidade do negócio jurídico, o Código atual arrola o estado de perigo, ao lado da lesão. Pelo art. 156:

"Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa."

Um perigo corrido pela própria pessoa ou por alguém da família (ou até mesmo por um não-parente, quando, pelas circunstâncias, o risco puder afetar emocionalmente o declarante, tal como se dissesse respeito a uma pessoa da família), deve ser a causa determinante de um negócio jurídico que se contrata em bases excessivamente onerosas. É justamente para escapar ao risco de dano pessoal grave que o negócio se consuma. A declaração de

⁴⁰ BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile. Ristampa**, Milano: Giuffrè, 1987, v. III, n. 333, p. 642-643.

⁴¹ BIANCA, C. Massimo. ob. cit., v. III, n. 333, p. 643.

⁴² BIANCA, C. Massimo. ob. cit., v. III, n. 333, p. 643-644.

vontade é emitida com o direto propósito de obter meios para se safar do perigo. O exemplo mais freqüente é o do náufrago que concorda de pagar uma recompensa excessivamente alta pelo socorro que alguém se dispõe a retirá-lo do perigo em que se encontra. Se pudesse raciocinar livremente, com toda certeza não pactuaria um ajuste tão exorbitante. Por isso é que se considera defeituoso o ajuste consumado em bases excessivamente onerosas, por causa do quadro de perigo em que o declarante atuou.

Na essência, o mecanismo de que se vale o contratante beneficiário para obter da vítima do perigo a vantagem que jamais alcançaria sem este, não é diverso do que se passa quando o contratante faz uso da coação moral. Tal como na *vis compulsiva*, o declarante submetido ao estado de perigo não tem, praticamente, condições para declarar livremente sua vontade negocial. Nos ordenamentos jurídicos em que não há previsão específica do estado de perigo, a doutrina costuma enquadrá-lo no regime da coação⁴³.

Há, ainda, casos como já se expôs, de ordenamentos jurídicos locais, que não consideram o estado de perigo e o estado de necessidade (lesão) como vícios de consentimento, e apenas o tratam como causa de rescindibilidade do negócio. Isto, porém, não gera efeitos práticos diferentes da anulação. Há, outrossim, os que são mais radicais e conduzem o problema para o da ilicitude, de modo a qualificar o abuso da necessidade alheia como prática contra direito, capaz de acarretar mais do que um defeito no negócio jurídico, ou seja, sua *nulidade*⁴⁴.

O atual Código brasileiro, enfrentando direta e expressamente o problema, equacionou o estado de perigo, bem como a lesão, na categoria das causas de anulabilidade do negócio jurídico (arts. 156 e 157). Enquanto não havia previsão legal específica, o contrato, *in casu*, poderia ser visto como viciado por coação moral ou até como configurador de ato ilícito (finalidade contrária ao direito) e, portanto, nulo.

Toda a incerteza antes vigorante por indefinição legislativa foi superada e o regime de tratamento normativo do defeito é, sem dúvida, o da anulabilidade, a exemplo do negócio praticado sob influência do dolo ou da coação.

⁴³ ANZORENA, Acuña. Anotações in SALVAT. **Tratado de derecho civil argentino - fuentes de las obligaciones**. 2. ed., Buenos Aires: Tea, 1950, n. 806, p. 89; LLAMBÍAS, Jorge J. **Tratado de derecho civil - parte general**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1970, t. II, n. 1.974.

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado cit.*, v. IV, §459, p. 351.

10. NEGÓCIOS USURÁRIOS

O estado de perigo e a lesão são aspectos da chamada usura real em contraposição à usura financeira. Esta se caracteriza pela cobrança de juros a taxas superiores ao que seria legal ou honestamente aceitável nos empréstimos de dinheiro; e aquela a que se refere a qualquer prática não equitativa que transforma o contrato bilateral em fonte de prejuízos exagerados por uma das partes e de lucros injustificáveis para a outra. É uma anomalia verificável nos contratos bilaterais onde o normal seria um razoável equilíbrio entre as prestações e contraprestações.

É claro que não se pode exigir uma absoluta igualdade na equação contratual, porque no comércio jurídico é natural procurar-se o lucro que só é atingível se um dos contratantes conseguir uma certa vantagem sobre o outro. O intolerável é a exorbitância do lucro, obtida por meio de imposições que representem a exploração desonesta de uma parte sobre a outra.

Na origem, a ilicitude do negócio usurário era medida com base em proporções matemáticas: em Roma, se a diferença era superior à metade, tinha-se a lesão enorme, causa suficiente para a invalidar o contrato, independentemente de ponderações de ordem subjetiva.

Mais tarde, além do desequilíbrio das prestações, a história do direito registrou a repulsa ao abuso do estado de necessidade. Aí, sem levar em conta a medida de desproporção, se valorizava o aspecto ético da conduta de quem se usava da prevalência do risco de dano corrido por uma pessoa para extorquir-lhe vantagens iníquas.

Por caminhos sinuosos chegou-se ao Código italiano que, cuidando da usura real, sistematizou as duas formas de rescisão do contratos por ela viciados: o estado de perigo (art. 1.447) e o estado de necessidade ou lesão (art. 1.448). Ambos, porém, identificados por elementos objetivos (desproporção entre as prestações) e subjetivos (dolo de aproveitamento da situação de inferioridade de um dos contratantes). É a situação que agora se implanta, de forma sistemática e moderna, no novo Código brasileiro (arts. 156 e 157), embora não em termos exatamente iguais.

11. ESBOÇO HISTÓRICO DA LESÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Reconhece o novo Código brasileiro a *lesão* como um dos defeitos que provocam a anulabilidade do negócio jurídico (art. 171, II). O que seja este vício de consentimento di-lo o art. 157: “ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação

manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

A lesão, como defeito funcional (e não como vício de vontade) já era conhecida das fontes romanas (Lei Segunda, do ano de 285, de Deocleciano e Maximiliano - Cód., Liv. IV, Tít. 44, *De rescindenda venditione*, Livro 2) e figurava, também, nas Ordenações Filipinas (Livro 4, Tít. 13).

Em tais origens, porém, tratava-se não de uma causa de anulação do contrato por vício de consentimento, mas de um motivo de *rescisão*, por ofensa ao princípio *objetivo* da comutatividade entre as prestações dos negócios bilaterais. Não se apontava falha nos elementos essenciais de formação do contrato, como os que ocorriam no erro, dolo ou coação. O motivo de rompimento (rescisão) estava na imoralidade das condições econômicas do ajuste. O seu desequilíbrio era visto como ofensivo dos bons costumes. Por isso mesmo o defeito funcional não era fatal. A outra parte poderia ilidir a pretensão rescisória da que restou lesada, oferecendo-se para complementar o preço, ou reduzi-lo, conforme o caso.

O Código Civil de 1916, eliminou a figura da lesão, por havê-la como incompatível com a autonomia privada, então sob grande exaltação. Naquela quadra, dominada pelo positivismo exacerbado, a lesão era vista como “*instituto decadente e antipático às legislações modernas*”⁴⁵.

No entanto, após a primeira guerra mundial, o pensamento social passou a exercer marcante influência sobre a legislação e sob esse impacto surgiram, entre nós, diplomas normativos como as leis do inquilinato e a lei da usura. Finalmente, em 1938, adveio a Lei de Proteção à Economia Popular (Dec. 869, mais tarde substituído pela Lei nº 1.521 de 26.12.51), que reintroduziu a figura da lesão no direito brasileiro, embora cuidando precipuamente do aspecto da repressão penal à usura. No entanto, a própria Lei nº 1.521 ordenava ao juiz ajustar os lucros usurários à medida legal, impondo à restituição do que fora pago em excesso (art. 4º, § 3º).

Entendeu-se que a ressurreição do instituto da lesão operada na seara penal tinha imediata repercussão no campo do direito privado, de modo a permitir não só a recuperação do pagamento a maior, mas também o rompimento do contrato por via da nulidade pela ilicitude do objeto (Cód. Civil, art. 145, II).

⁴⁵ MENDONÇA, Carvalho de. **Doutrina e Prática das Obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, s. d., v. II, n. 582; BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 5. ed., Rio de Janeiro: F. Alves, 1929, § 56.

A lesão, reprimida penalmente pela Lei nº 1.521 pressupunha a desproporção superior a um quinto do valor recebido em troca e, ainda, que tal diferença proviesse do abuso de uma parte sobre a necessidade, leviandade ou inexperiência da outra.

Aplaudiu-se a postura do legislador pátrio, visto que se harmonizava com as tendências do direito em todo o mundo, que eram no sentido de se adaptarem aos imperativos da moral e ao ideal de justiça, valorizando uma visão social e solidária da convivência humana e no seu respectivo ordenamento⁴⁶.

Posteriormente, no âmbito das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor previu a *nulidade* de cláusulas abusivas, ou seja, daquelas que importem prática, contra o consumidor, de iniquidade, desvantagem excessiva ou onerosidade excessiva (art. 51, IV). Trata-se, sem dúvida, de repressão à prática de *lesão*, embora limitada aos contratos de consumo⁴⁷.

Pouco tempo antes da aprovação do novo Código Civil, o Governo Federal baixou Medida Provisória que consagra o instituto da *lesão* como meio de proporcionar a *nulidade* das estipulações usurárias que, nos negócios jurídicos onerosos em geral, tenham provocado “lucros ou vantagens patrimoniais excessivos”, quando pactuados “em situação de vulnerabilidade da parte” (Medida Provisória n. 2.172-32, de 23.08.2001)⁴⁸. A solução preconizada por essa legislação de emergência é a nulidade apenas da cláusula usurária, devendo o juiz rever o contrato para “restabelecer o equilíbrio da relação contratual”, ajustando-o ao “valor corrente” e, se for o caso, ordenando “a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar do pagamento indevido” (Medida Provisória 2.172-32, art. 1º, inc. II)⁴⁹.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, n. 103, p. 216; RODRIGUES, Silvio. **Vícios do Consentimento**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1982, n. 109, p. 214.

⁴⁷ BECKER, Anelise. “A Natureza Jurídica da Invalidade Cominada às Cláusulas abusivas do Código de Defesa do Consumidor”. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 22, p. 132.

⁴⁸ Por força da Emenda Constitucional 32 de 11.09.2001, as medidas provisórias editadas em data anterior à sua publicação continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional (art. 2º).

⁴⁹ A superveniência do Código Civil tratando da mesma matéria da Medida Provisória n. 2.172-32, importou em revogação da parte em que ela tratava da usura real nos negócios civis e comerciais, já que dito vício do negócio jurídico foi totalmente disciplinado pelo novo Código (Lei de Introdução ao Cód. Civil, art. 2º, §1º).

O novo Código Civil, portanto, ao reincluir na sistemática do direito privado, em caráter geral, o vício da lesão, está sintonizado com os rumos claramente traçados pelo direito comparado e com a própria evolução sinalizada pelo direito brasileiro, a partir da Lei de Proteção à Economia Popular.

12. CONCEITO DE LESÃO COMO VÍCIO DE CONSENTIMENTO

A lesão que o novo Código admite como vício de consentimento para gerar a anulabilidade consiste na hipótese em que a pactuação do negócio tenha sido fruto de premente necessidade ou de inexperiência de uma das partes, circunstâncias que foram determinantes das prestações avençadas de maneira manifestamente desproporcional.

Há na base da lesão um perigo de dano que o contratante deseja afastar, mas esse perigo não é o risco pessoal de que fala o art. 156; é a iminência de qualquer perigo de ordem patrimonial, desde que sério ou grave. O contrato afetado pela lesão é justamente o que se mostra, no momento e na ótica do agente, capaz de fornecer-lhe os meios necessários ao afastamento do perigo, embora a um custo exagerado e iníquo.

Típico exemplo de premência dessa natureza, embora não o único, é o do devedor insolvente, que, para obter meios de pagamento, vende seus bens a preços irrisórios ou muito abaixo dos preços de mercado. Para considerar-se em estado de necessidade, ou sob premente necessidade, não é necessário que a parte se sinta reduzida à indigência ou à total incapacidade patrimonial, bastando que seu estado seja de dificuldades econômicas ou de falta de disponibilidades líquidas para honrar seus compromissos.

O que importa apurar é se a dificuldade econômica ou a inexperiência do contratante foram a causa determinante do negócio lesivo, ou seja, se a parte prejudicada lançou mão do contrato como instrumento para tentar satisfazer sua necessidade; e, ainda, se foi por causa dessa premência que as condições iníquas vieram a ser ajustadas⁵⁰.

Em suma, o desequilíbrio entre as prestações deverá decorrer do estado de premência ou de inexperiência. E, mais, esse desequilíbrio deve ser congênito, ou seja, deve ter se dado no momento da contratação e não ser fruto de oscilações de mercado ulteriores ao negócio. Deve, ainda, persistir até o momento da anulação porque é daqueles defeitos que a lei permite

⁵⁰ BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile cit.*, v. III, n. 335, p. 648.

sejam remediados *a posteriori*. Extinta, pois, a disparidade de prestações, não mais haverá razão para a ruptura da avença. Isto, porém, pressupõe prestações ainda por satisfazer. Se a lesão já se consumou e o negócio se exauriu, pouco importa que o bem tenha se valorizado ou desvalorizado posteriormente ao contrato. A anulação será possível em função do prejuízo que o lesado efetivamente sofreu no momento do ajuste. ◆